

---

---

## REFLEXÕES SOBRE A NORMA CONSTITUCIONAL DA PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL TRABALHISTA

JÁDER RIBEIRO SILVA FILHO<sup>1</sup>

### 1 – ORIGEM E DEFINIÇÕES DO INSTITUTO

O vocábulo prescrição origina-se do latim “*praescriptio*”, cuja etimologia deriva do verbo “*praescribere*”, que expressa a idéia de escrever antes ou no começo.<sup>2</sup> O surgimento do instituto prescrição fez acabar a idéia de perpétualidade, de falta de prazo para impetrar ações processuais no Direito Romano.<sup>3</sup>

Foi na seara do Direito de Família romano que se deu sua consolidação como instituto jurídico. Havia, naquela época, como há ainda hoje no ordenamento brasileiro, a necessidade de obedecer a algumas formalidades para a celebração do casamento; caso contrário, seria declarada a nulidade do matrimônio como ato jurídico.<sup>4</sup>

Entretanto, sabe-se que enquanto não declarada a nulidade de um ato, este permanece válido. Decorre, portanto, que o “*status*” de validade indeterminada de um ato, mesmo estando eivado de mácula, faz surgir insegurança nas relações sociais e jurídicas.

A definição do fenômeno prescrição surge quando, alicerçados na idéia de conferir segurança e estabilidade jurídica à sociedade, criaram os romanos o instituto da prescrição aquisitiva de direito, cujo preceito estabelece que um lapso temporal sana a ilicitude ou a irregularidade de um ato jurídico - o casamento “*in casu*” - conferindo-lhe a legalidade que outrora não possuía.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> O autor graduou-se em Direito no UNIPÊ (2003); é Conciliador do 2º Juizado do Consumidor e da Micro Empresa da Comarca de João Pessoa/PB (2003/2004); Pós-graduado na Escola Superior da Magistratura do Trabalho (ESMAT) e em Direito Comercial na Escola Superior de Advocacia (ESA), ambas de João Pessoa/PB.

<sup>2</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 614

<sup>3</sup> PLANIOL apud Sílvio RODRIGUES. Direito Civil: Parte Geral – Volume I, 29ª ed., revist., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 320

<sup>4</sup> Ob. cit., nota 1, p. 613

<sup>5</sup> Ob. cit., nota 2, p. 317-318

Existe outra importante definição para o instituto romano: a prescrição extintiva de direito. Denomina-se de extintiva de direito porque determina que certo lapso temporal prejudica, extingue o múnus jurisdicional do Estado de julgar a pretensão de tutela do direito material de outrem pelo motivo de sua inércia<sup>6</sup>, ou seja, da demora, do exaurimento do prazo determinado na lei para que se impetire ação processual no Poder Judiciário.

Analisando-se esses conceitos, percebe-se haver grande influência do instituto no Direito Processual. No entanto, apesar dessa inerente característica ou aproximação com as normas processuais, a prescrição é tratada pelo ordenamento jurídico como um instituto de Direito Material.

## 2 – REFLEXÕES

Baseando-se, principalmente, na última definição, a extintiva de direito, e se limitando a observações nos campos do Direito Constitucional e do Trabalho, apresentam-se algumas reflexões acerca da prescrição quinquenal, quais sejam: a) sua inserção na Constituição brasileira, junto com outros direitos trabalhistas; b) a importância sócio-jurídica dos valores (direitos) fundamentais tutelados na Constituição; c) o instituto prescrição como norma constitucional de Direito do Trabalho, que deveria proteger os direitos fundamentais da parte hipossuficiente; d) sua aplicação, interpretação e resultado na Justiça do Trabalho.

a) Sabe-se que a Constituição de 1988 tem no seu corpo normativo esse instituto. Ele alcançou patamar supremo graças ao Legislador Constituinte Inicial - que o inseriu no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cujo capítulo, artigo e inciso são, respectivamente: Dos Direitos Sociais, Artigo 7º, Inciso XXIX.

Importante ressaltar que colocar normas trabalhistas na Lei contraria doutrina constitucional que cegamente tutela a ideologia de só haver nas Constituições normas constitucionalmente materiais. Ou seja, aquelas que disciplinam o Estado quanto à forma e ao regime de governo; que descentralizam o poder estatal, estruturando seus órgãos; que definem a forma de acesso aos poderes; etc.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO apud Alexandre de MORAES. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 84.

No entanto, contrapondo-se ao entendimento positivista, o Poder Constituinte Originário brasileiro inseriu direitos trabalhistas fundamentais<sup>8</sup> no Texto Supremo, reconhecendo a necessidade de garantir direitos mínimos aos empregados.

b) A conduta do legislador pátrio converge com a da sociologia jurídica que explica a Constituição como um sistema legal supremo, uma norma apical do Estado, quando esta defende valores<sup>9</sup> como: a liberdade, a igualdade, a educação, a saúde, o trabalho, a propriedade, o lazer, a segurança, a vida, o meio ambiente, a seguridade social, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Esses direitos fundamentais denotam caracteres sociais, políticos e econômicos para o Estado; sendo, também, conhecidos como “fatores reais do poder”<sup>10</sup> da Constituição, como alicerces concretos, preceitos essenciais da Norma Máxima. São valores de um sistema lógico-jurídico que se compreende da seguinte forma: o Direito exterioriza-se pela Constituição e esta, por sua vez, através da tutela dos direitos fundamentais, legitima sua força normativa ao buscar regular as relações sociais de maneira eficaz, justa, ou seja, a produzir eficácia social.

Eis a razão intrínseca de legitimidade e força do Direito para os indivíduos.<sup>11</sup> E se assim não for, ou seja, quando o Contrato Social não se fundar em garantir direitos fundamentais à sociedade, será apenas mais um “pedaço de papel”.<sup>12</sup> Evidenciando-se um raciocínio jurídico voltado para o escopo social, o qual é mais razoável à idéia de Direito (Justiça), haja vista sua meta altruísta de tentar harmonizar as diferenças sociais no Estado.

Entretanto, sem dar importância a essa valoração, surgem os legisladores revestidos com o manto fictício da representatividade popular. Eles “esquecem” que não é tarefa das mais difíceis, aferir quando uma norma é justa ou não; “insistem” em acreditar que o povo, composto em sua maioria de empregados, não reconhece na norma o objetivo justo, demonstrador de importância social, de legitimidade, de

---

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-115

<sup>9</sup> Cf. ob. cit., nota 07, p. 96-106. O autor, baseando-se na Teoria Tríade de Miguel Reale, afirma ser impossível afastar as normas de Direito dos valores que são consagrados na estrutura jurídica, pois os valores integram o cerne do Direito, cujo endereço natural é a Constituição. Conclui, por fim, com base em Mauro Cappelletti, que o Direito Constitucional não é mero discurso, mas a realização de valores essenciais da coletividade.

<sup>10</sup> LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 10.

<sup>11</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2000, p. 25

<sup>12</sup> Cf. Ob. cit. nota 09, p. 09. Folha de papel é a norma jurídica (Constituição) sem compromisso com a sociedade, inócua para o povo.

eficácia social e, conseqüentemente, de obediência voluntária, sem, normalmente, o uso da força estatal. Fadada conduta! O povo não deve ser visto como patuléia!

Do exposto, assevera-se ser incorreto afirmar, ou concordar, que normas pejorativamente denominadas de formalmente constitucionais são exclusivamente inseridas em uma Constituição para adquirir força. Pois, na verdade, as normas “formais”, garantidoras dos direitos fundamentais, emprestam energia, credibilidade e axiologia social às Constituições! Daí a idéia de respeito, de legitimidade e de supremacia legal. É o Direito alicerçado pela obediência volitiva e auxiliado, quando necessário, pela coercitiva!<sup>13</sup>

Então, não prevalece de maneira absoluta, ou estanque, a idéia da supremacia constitucional de Hans Kelsen, a qual é amparada pela Teoria da Norma Hipotética Fundamental: <sup>14</sup> o respeito à Constituição decorrendo de um axioma (ou dogma) impositivo - a obediência social conseguida pela imposição legal, pela obrigatoriedade oriunda de uma norma fictícia.

c) Ultrapassado esse ortodoxo obstáculo doutrinário constitucional positivo, surge outro deveras intenso: o político. Pois se verifica que, apesar do patamar constitucional alcançado, a prescrição quinquenal do trabalho desprestigia, na relação jurídica estabelecida entre o empregado e o empregador, o sujeito mais fraco: o empregado.

A determinação de ser este o pólo mais fraco da relação empregatícia não é simples liberalidade, convenção legal, ou ainda como defendem alguns, um exagerado e injusto protecionismo do Estado. Ela deriva da constatação feita pela Ciência do Direito do Trabalho,<sup>15</sup> às custas de longo tempo de estudo empírico das condições a que se submetem os empregados quando lhes surge, por exemplo, a possibilidade da demissão por ato volitivo do empregador.

Defende-se, inclusive, na doutrina que a sistematização normativa do Direito Individual do Trabalho ergue-se da “constatação fática da diferenciação

---

<sup>13</sup> André HAURIU apud Luís Roberto BARROSO. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60-61 e 66-67.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 215-228. Hipotética, ou pressuposta, porque se convencionou a norma fundamental como a instauração (validade) do fato fundamental da criação jurídica, sendo ela designada também de constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.

<sup>15</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 76. Para o autor, o princípio primário do Direito do Trabalho, pelo qual surgem os demais, é o Princípio da Proteção do Hipossuficiente Econômico da relação de emprego.

social, econômica e polític básica entre os sujeitos da relação jurídica”<sup>16</sup> laborativa.

Então, a Ciência do Direito percebendo o inescusável fato<sup>17</sup> sócio-econômico de o empregado ser o agente hipossuficiente, vulnerável ou sujeito economicamente ao empregador elabora uma redoma normativa que o salvaguarda através das searas constitucional e trabalhista.

Apesar de necessária a proteção do hipossuficiente, na prática, ela não ocorre. Pois se observa que raras são as situações em que o empregado reclama durante o curso da relação jurídica laboral. E quando isso ocorre, normalmente, ele é demitido. Portanto, ao invés de garantir os direitos fundamentais do obreiro o que deveria teoricamente ser uma das razões de criação do instituto no Direito Constitucional do Trabalho a prescrição quinquenal desprotege-o totalmente, na contrapartida de favorecer a parte mais forte da relação jurídica: o empregador, agente detentor do capital e da estrutura (bens) de produção de trabalho.

Sua aplicação afronta o ideal de Direito, de Justiça, principalmente a social<sup>18</sup>. Verificando-se uma clara distorção à inerente função da norma trabalhista, que garante o respeito à dignidade do empregado na venda de sua mão-de-obra. É a contradição dos valores (direitos) inseridos na Constituição!

d) Como funciona a injusta concretização (aplicação) normativa da prescrição quinquenal trabalhista para o empregado no Brasil?

Para explicar a concretização desse fenômeno jurídico, utiliza-se o seguinte exemplo, bastante comum na relação empregatícia: imagina-se a hipótese de um empregado trabalhar dez anos sem receber direitos constitucionais básicos: INSS, FGTS, horas extras, férias, um terço de férias, entre outros. Percebendo, na relação jurídica, salário-mínimo e décimo terceiro salário, até momento da sua demissão sem justa causa<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 195

<sup>17</sup> Alusão à Teoria Tridimensionalista do Direito, de Miguel Reale: ocorre um fato; a sociedade valoriza-o; elabora-se a norma.

<sup>18</sup> RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3-12. Justiça Social é aquela que distribui direitos e deveres fundamentais às instituições e aos indivíduos, dividindo as vantagens (oportunidades) econômicas aos vários setores da sociedade na intenção de diminuir as inevitáveis desigualdades sociais que interferem ou influenciam os projetos (expectativas) de vida do homem.

<sup>19</sup> Parte-se do pressuposto lógico de que o empregado foi demitido, porque a experiência demonstra que raros são os casos de empregados que buscam a Justiça do Trabalho para reivindicar direitos estando com o contrato de trabalho em vigor. Isso, porque, na maioria das vezes, seriam demitidos quando o empregador recebesse a citação processual trabalhista.

Se se dirigir à Justiça do Trabalho, o empregado só disporá dos direitos<sup>20</sup> trabalhistas dos últimos cinco anos da relação empregatícia, perdendo os cinco primeiros! Isso ocorre porque a prescrição quinquenal estabelece que o prazo prescricional é de cinco anos quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho.

Além desse ínfimo prazo de cinco anos, o obreiro observará o prazo bienal! Porque a referida prescrição estabelece que a ação trabalhista será proposta até o limite de dois anos após a extinção do contrato laboral. E se não bastassem as infelicidades legislativas do caso, esse prazo bienal diminui os direitos contidos no prazo quinquenal!

Então, se o empregado demorar, por exemplo, um ano para impetrar a ação<sup>21</sup>, ele só terá direito a quatro anos de créditos trabalhistas, ao invés dos cinco anteriormente previstos.<sup>22</sup>

Pelo exposto, observam-se os seguintes resultados: I) enfraquecimento e desvalorização do Direito do Trabalho, através da inobservância de suas normas; II) sentimento de injustiça e desproteção do empregado; III) desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; IV) a norma constitucional não inibe as condutas ilícitas do empregador; V) enriquecimento ilícito do empregador ao desrespeitar as normas constitucionais do trabalho etc.

### 3 – CONCLUSÃO

Não restam dúvidas do flagrante desrespeito aos valores fundamentais do trabalho quando se coteja a prescrição quinquenal com sua aplicabilidade na relação de emprego. Essa antinomia da norma quinquenal com os princípios fundamentais do trabalho e da dignidade da pessoa humana provoca grande ineficácia social à parte obreira, devendo, portanto, ser objeto de controle de constitucionalidade.

Enquanto havia diferenciação do prazo prescricional entre empregados urbanos e rurais<sup>23</sup>, o instituto não era totalmente prejudicial, pois a ausência do prazo de cinco anos protegia, pelo menos, a relação de emprego da seara rural.

---

<sup>20</sup> Exceto a contribuição para o FGTS. Conforme Enunciado n.º. 362, do TST: FGTS. Prescrição. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

<sup>21</sup> Orientação Jurisprudencial do TST, SDI-1 n.º. 204: Prescrição. Contagem de Prazo. Art. 7º, XXIX, da CF. A prescrição quinquenal abrange os cinco anos anteriores ao ajuizamento da reclamatória e não os cinco anos anteriores à data da extinção do contrato.

<sup>22</sup> Cf. Ob. cit. nota 15, p. 262-267

<sup>23</sup> Diferença que não existe mais por causa da Emenda Constitucional n.º. 28, de 26 de maio de 2000

No entanto, com o advento da Emenda Complementar n.º. 28, de 25/05/2000, que unificou os prazos prescricionais nas duas searas citadas, observa-se a existência de uma “manobra” legislativa,<sup>24</sup> que, infelizmente, encrosta na Carta o desenvolvimento de uma política legiferante individualista e socialmente desinteressada, por causa do exíguo lapso temporal de cinco e dois anos.

Esse comportamento legiferante cristaliza-se na intencionalidade, na finalidade (i)legal de proteger os empresários urbanos e rurais, submetendo os empregados ao interesse do mais forte. Levando-se, portanto, a percepção de que a prescrição quinquenal foi estrategicamente criada para impedir o Poder Judiciário de defender o empregado quando este sofre lesão de seus direitos por mais de cinco anos.

Outro entendimento não prevalece, tendo em vista a perda dos direitos dos obreiros urbanos e rurais, tanto quando a relação ultrapassa os cinco anos, como quando se inicia o prazo bienal após a rescisão do contrato individual de trabalho.

É irracional aceitar como justificativa de defesa da prescrição quinquenal do trabalho a idéia de segurança, de proteção jurídica à sociedade. Ao infenso, pois se tornou a sociedade insegura e desprotegida, composta em sua maioria de empregados. Ou o fim do Direito deixou de ser a harmonia social?

Sustentar argumentos de que o Direito não socorre aqueles que dormem é incorreto por não ser caso de “cochilo”, mas de “manobra” legislativa. Ademais, evidencia-se, sem equívoco, haver ramificação de politicagem no Poder Constituinte Originário e no Derivado,<sup>25</sup> porque se desconsideraram as conseqüências jurídicas, sociais e econômicas impostas à população que trabalha e que se refletem também nos que não trabalham; ignoraram que a exploração gera violência contra o próprio homem!<sup>26</sup>

Defende-se, aqui, uma atitude intelectual de análise teleológica e axiológica das leis, alicerçada à curiosidade jusfilosófica, voltada à realização da Justiça entre os homens, o fim utópico do Direito, o eterno horizonte,<sup>27</sup> o pressuposto de toda ordem jurídica.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Leon DUGUIT apud Luís Roberto BARROSO, ob. cit. nota 12, p. 67.

<sup>25</sup> Cf. Ob. cit. nota 17, p.60. A conduta legislativa não promoveu resultados visando a Justiça Social.

<sup>26</sup> “homo homini lupus” – o homem é o lobo do homem.

<sup>27</sup> NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. 7ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p.23

<sup>28</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 272.

Portanto, pautando-se nessa introspecção de procura pelo ideal de Justiça, deve-se: a) evitar, ou ponderar, a excessiva primazia do positivismo, do tecnicismo no estudo jurídico para perceber as leis injustas; b) pressionar os múnus públicos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário pela busca da eficácia social, valorizando-os se atingido tal escopo; c) conscientizar os operadores jurídicos, principalmente os juízes, de que o Direito é uma ferramenta voltada para beneficiar a sociedade, combatendo, por exemplo, a desigualdade social e as leis que representam interesses individualistas de grupos de poder.

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição federal, código civil, código de processo civil / organizador Yussef Said Cahali. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. 7ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.  
\_\_\_\_\_. Lições Preliminares de Direito. 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral – Volume I, 29ª ed., revist., São Paulo: Saraiva, 1999.



ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2000.

SANTANA, Jair Eduardo. Limites da Decisão Judicial na Colmatação de Lacunas: perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.